

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Résistances aux codes, résistances des codes

Thunis, Xavier

Published in:

Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden

Publication date:

2004

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X 2004, Résistances aux codes, résistances des codes. Dans *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*. Bruylant, Bruxelles, p. 393-405.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CONCLUSIONS : RÉSISTANCES AUX CODES, RÉSISTANCES DES CODES

PAR

XAVIER THUNIS

PROFESSEUR AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES
NOTRE-DAME DE LA PAIX DE NAMUR

1. Le thème de la résistance appartient naturellement à la philosophie politique. Evoquer les résistances aux codes, c'est évoquer les rapports de force, les relations antagonistes qui peuvent exister entre la vie sociale et les formes qui tentent de la fixer ou de l'ordonner. Evoquer des résistances, c'est aussi suggérer que les formes de résistance peuvent être variées, plus ou moins visibles, plus ou moins frontales. On n'en fait pas ici l'analyse sociologique ou historique. En se concentrant sur le destin de codes récents déjà bien implantés, on met l'accent sur les stratégies mises en place sur le plan institutionnel et juridique pour minimiser les risques d'un rejet par le corps social.

Nous proposons, dans cette synthèse, d'élargir le thème qui nous a été confié en traitant non seulement des résistances aux codes mais aussi des résistances que les codes nationaux opposent à ce qui les ébranle ou à ce qui les met en cause. Perçus comme menaçants, les projets de codification européens du droit privé se heurtent aux traditions juridiques nationales qui, sur le continent, se cristallisent dans un ou plusieurs codes. Un code qui a réussi s'incorpore à ceux qui l'utilisent. Les arguments invoqués pour le défendre ne sont pas uniquement d'ordre technique. L'émotion s'y exprime aussi : la remise en cause d'un code peut être ressentie comme une atteinte à l'intégrité juridique et culturelle nationale. En soulignant ce phénomène, nous prolongerons la réflexion des différents rapporteurs sur les facteurs qui ont permis la réalisation du Code civil des Pays-Bas de 1992 (rapport de J. Van Dunné), du Code civil du Québec de 1994 (rapport de M. Tancelin) et, transcendant toute fron-

tière nationale, du Code de droit canonique de 1983 (rapport de M. Sériaux).

2. L'idéologie sous-jacente à la codification a été maintes fois dévoilée, dans des termes souvent critiques. Et pourtant, le Code, comme mythe et comme utopie, a la vie dure. En dépit des objections de toute nature, fondamentales ou pratiques, il représente un idéal d'ordre et de cohérence tellement attrayant qu'il étend même son empire. Il est remarquable que la déontologie et l'éthique s'expriment souvent dans la codification alors que celle-ci est pourtant considérée comme un mode privilégié d'expression de la souveraineté politique, nationale ou supranationale. Malgré un certain anti-juridisme ecclésiastique ⁽¹⁾, l'Eglise catholique a, elle aussi, fixé un message par essence universel dans les codifications de 1917 et de 1983, en faisant droit, dans une certaine mesure, au particularisme de l'Eglise orientale en 1990. A la persistance du Code comme mythe ou utopie mobilisatrice de la communauté juridique et politique correspond la résistance que les projets de réalisation concrètes rencontrent de façon quasi obligée.

Résister à un code, c'est résister à une langue perçue comme étrangère. Le parallèle entre code juridique et code linguistique s'impose d'emblée dans ce débat (I). L'attention se porte ensuite sur les caractéristiques de ces codes récents qui ont pu émerger et surmonter les résistances (II). Le phénomène de la codification ne peut être envisagé isolément. C'est une tension dialectique entre codification et décodification qui paraît caractériser l'évolution juridique européenne (III).

I. — CODIFIER : LE DROIT ET LA LANGUE

3. La notion de code est commune aux linguistes et aux juristes ⁽²⁾. Même si cette unité terminologique cache des conceptions différentes, les débats relatifs à la codification soulignent la parenté profonde qui unit le droit à la langue. Les arguments invoqués pour résister à la fixation et à la réforme du droit par la codifi-

⁽¹⁾ Sur ce point, E. AGOSTINI, *Droit comparé*, Paris, PUF, 1988, p. 79 et les références citées en note 338.

⁽²⁾ Comme celle de règle ou de loi. Voy. à ce sujet J.-Cl. MILNER, « La règle de langue ou l'automatisme du littéral », in *Droits*, 1996, n° 24, pp. 103 et s.; P. BOURDIEU, *Langage et pouvoir symbolique*, coll. Points Essais, 2001, pp. 75 et s.

cation rejoignent, dans une large mesure, ceux qui sont invoqués pour résister à la réforme de l'orthographe de la langue, française en l'occurrence, pour cause de complexité excessive ou même d'irrationalité ⁽³⁾.

Droit et langue se rejoignent dans des polémiques d'autant plus violentes que la langue touche à l'être humain en son fonds ultime, comme individu et comme membre d'une collectivité. La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats a ainsi pu être qualifiée d'*esperanto* du droit ⁽⁴⁾. L'expression cristallise la part d'artifice et l'absence d'ancrage culturel d'une langue comme d'un droit réduits à rechercher le plus petit commun dénominateur pour se faire adopter par le plus grand nombre.

La comparaison, voire l'assimilation du droit à la langue ne date pas d'hier. Dans la controverse célèbre qui l'oppose à Thibaut, partisan de la codification du droit civil allemand, von Savigny écrit : « Le droit comme la langue vit dans la conscience populaire (*im Bewusstsein des Volkes*)... Les rapports organiques du droit avec l'essence et le caractère du peuple se vérifient au cours de la marche du temps et, là encore, c'est à la langue qu'il faut le comparer. Comme elle, le droit ne connaît pas de halte; il est soumis comme toute autre manifestation de l'âme populaire au même mouvement, à la même évolution et cette évolution est régie par la même nécessité interne. Le droit grandit ainsi avec le peuple, il se développe avec celui-ci et finit par disparaître lorsque le peuple vient à perdre ses particularités profondes » ⁽⁵⁾.

Cette controverse reste d'actualité ⁽⁶⁾. Elle met à vif un des nerfs de la résistance à la codification. Chef de file de l'Ecole historique allemande, von Savigny exprime une conception organique du droit, appelé comme le peuple dont il émane, à naître, à grandir et peut-être à disparaître. Le droit du peuple doit être collecté, recueilli et exprimé. Dans cette optique conservatrice au sens littéral du terme, une codification est en principe à bannir au moins à court terme,

⁽³⁾ Sur l'ensemble du débat et des arguments invoqués, B. WYNANTS, *L'orthographe, une norme sociale*, Liège, Mardaga, 1997, pp. 134 et s.

⁽⁴⁾ N. CHARBIT, « L'*esperanto* du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », *J.C.P.*, 2002, I, n° 100.

⁽⁵⁾ Cité par A. DUFOUR, « Droit et Langage dans l'Ecole historique du Droit », *Archives de philosophie du droit*, 1974, pp. 162 et s.

⁽⁶⁾ Voy. le titre significatif choisi par W. VAN GERVEN, « Codificatie van Europees privaatrecht : een nieuwe Thibaut/von Savigny controverse », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 1153 et s.

car elle n'aurait pour effet que de trahir le droit en le fixant et en le déformant. *A fortiori* en est-il ainsi si la codification est imposée par une force politique étrangère. On peut évidemment s'étonner que par un curieux retournement, les interprètes les plus autorisés de ce droit authentique, les greffiers du *Volkgeist*, aient été des professeurs férus de droit romain, dont la science juridique favorisa l'accouchement du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), code civil hermétique, qu'on a pu qualifier de machine à calculer des juristes⁽⁷⁾.

5. Quel lien avec notre sujet, celui des résistances aux codes ? La conception organique du droit n'est pas complètement morte. Elle a trouvé des formules plus sobres dans des discussions récentes. Certains auteurs français, opposés à l'introduction brutale d'un code civil communautaire, font valoir que le Code civil français « ne peut être pensé puis écrit qu'en français (...) et qu'il est devenu la coutume générale de France, notre coutume, notre costume, l'habit des citoyens, le droit qu'avec le temps les citoyens habitent familièrement »⁽⁸⁾. G. Cornu a des accents « quasi-savignyens » pour évoquer l'assimilation du Code civil par le corps social français. Qu'il incorpore le Code à la coutume aurait sans doute surpris von Savigny. Le Code civil, comme la langue française, fait partie de l'histoire et du patrimoine français et ne peut s'effacer d'un trait de plume. La langue appartient au peuple tout entier, on ne la gouverne pas par décret disent ceux qui s'opposent à toute réforme autoritaire de l'orthographe⁽⁹⁾. G. Cornu ne dit pas autre chose quand il dénonce l'unitarisme communautaire et appelle « les forces citoyennes, résistances paisibles et les vigilances doctrinales » à tenir en échec « le prurit invasif de la technocratie »⁽¹⁰⁾.

6. D'autres ont exposé en détail les facteurs d'intégration et de rejet du Code civil français (v. *supra* les rapports de J.-L. Halpérin et de W. Schubert). Dans la perspective des rapports entre code et langue qui est la nôtre, il faut souligner que l'entreprise d'unification et de structuration du droit par la codification napoléonienne, sélective et progressive, fait partie d'un projet cohérent de centrali-

sation politique entamé une bonne centaine d'années plus tôt⁽¹¹⁾. Ce projet a une dimension linguistique. La célèbre enquête de Grégoire vise à faire du français l'unique langue nationale et à anéantir les patois considérés comme des ferments de résistance à la Révolution et aux Lumières⁽¹²⁾. L'enquête, entamée en 1790, débouche en 1794 sur un rapport qui, non sans lyrisme, propose à la Convention une nouvelle grammaire et un nouveau vocabulaire de la langue française. « Une nouvelle grammaire et un nouveau dictionnaire français ne paraissent aux hommes vulgaires qu'un objet de littérature. L'homme qui voit à grande distance placera cette mesure dans ses conceptions politiques ».

Qui ne voit que le Code Napoléon de 1804 s'insère dans la grande célébration du livre et qu'il contient à la fois une nouvelle grammaire et un nouveau dictionnaire des relations juridiques, sociales et politiques.

Le Code civil a pris de l'âge et a dû, notamment en droit de la famille, subir des remodelages. C'est aussi en ce domaine que le dictionnaire et la grammaire napoléoniens étaient les plus stricts. En revanche, en droit des obligations, bon nombre des textes fondamentaux ont fait preuve d'une résistance remarquable grâce à la créativité jurisprudentielle et doctrinale. Celle-ci n'aurait pu s'exercer à plein si le Code n'avait pas laissé aux usagers un certain jeu dans le choix des mots, dans la détermination de leur signification, et dans la pondération des règles et des principes⁽¹³⁾. L'expansion de la bonne foi en fournit un exemple frappant.

On connaît l'avertissement de Portalis : « Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre (...). L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière ». On pourrait formuler une loi paradoxale : pour qu'un code puisse atteindre à la complétude et qu'il puisse se faire avec le temps, il doit accepter de rester incomplet et ménager des zones d'inachève-

(7) Sur les métamorphoses de l'Ecole historique allemande, Cf. WITZ, *Le droit allemand*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 13 et s.

(8) G. CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.*, 2002, pp. 351 et 352.

(9) B. WYNANTS, *op. cit.*, pp. 230 et s.

(10) *Id.*, p. 352, 1^{re} col.

(11) Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar », *D.*, 2002, chronique, pp. 2213 et s.

(12) B. WYNANTS, *op. cit.*, p. 113 ; P. BOURDIEU, *op. cit.*, pp. 72 et s.

(13) Le Code civil comporte (comportait ?) bon nombre de règles supplétives et ne définit (ne définissait ?) qu'avec parcimonie. Sur ces deux points, R. CABRILLAC, *Les codifications*, Paris, PUF, 2002, pp. 154 et s., pp. 223 et s.

ment où peut s'engager le vivant qui déjoue toutes les prévisions trop précises ⁽¹⁴⁾.

Encore Portalis : « Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat... ». Tant le Code civil néerlandais que le Code civil québécois l'ont compris et font une large place au pouvoir d'interprétation du juge. Ce sont les « open normen » du Code civil néerlandais (cf. p.ex. l'article 248 du N.B.W.), les dispositions générales du Code civil québécois (cf. p. ex. les articles 1457, 1493 et 1590) ou encore les clauses générales du Code civil allemand pourtant connu pour son caractère systématique et détaillé ⁽¹⁵⁾.

II. — RÉSISTANCES AUX CODES

7. Qu'elle soit physique, morale, intellectuelle ou politique, la résistance se comprend à l'intérieur d'un jeu de pouvoir, c'est-à-dire d'un jeu de forces dont la mise en relation détermine un équilibre provisoire. La résistance s'exerce par rapport à un terme perçu comme extérieur et étranger, inassimilable ou menaçant pour l'intégrité de celui qui résiste.

La plus grande victoire d'un code, qu'il soit linguistique ou juridique, c'est de se faire oublier, de conditionner les comportements de ceux qu'il régit en s'incorporant tellement à l'habitus individuel ou collectif qu'il n'est plus ni analysé, ni *a fortiori* contesté. Il y a des règles de grammaire que nous pratiquons sans les connaître. Ce sont celles que nous utilisons le mieux, sans hésiter.

A partir de ces réflexions générales, on peut envisager plusieurs hypothèses de résistances aux codes. Relevons-en deux, en accordant une attention particulière à la seconde qui est celle traitée par les rapporteurs.

8. La première hypothèse fait apparaître crûment un jeu de pouvoir et de résistance : elle concerne la migration juridique des codes d'un pays à l'autre. Elle peut couvrir des formes brutales d'imposition (le code d'un pays colonisateur est imposé, sans modification

ou presque, à un pays colonisé) ou des formes plus subtiles de transfert (un Etat sous influence commande un code aux experts d'un pays politiquement, économiquement et juridiquement dominant). Il n'est pas nécessaire d'analyser ici les facteurs de résistance à ce genre de transfert ⁽¹⁶⁾. Ils dérivent pratiquement tous d'une hégémonie, consciente ou inconsciente, que le pays dominant exerce à l'égard du pays récepteur. L'inégalité qui en résulte conduit le premier à négliger, moyennant parfois la complicité des autorités du second, la tradition et la culture du pays récepteur. Rappelons que le code est un livre, un écrit ordonné s'adressant à distance à des destinataires potentiels. Le message qu'il entend transmettre a peu de chances d'être spontanément entendu dans un Etat comme le Mali où l'écriture et la lecture sont perçues dans les familles traditionnelles comme des exercices solitaires, dérogeant à l'obligation de partager la vie du groupe.

Notre exposé est schématique et la réalité est plus nuancée. Même dans les hypothèses où la relation est très inégalitaire, tout un spectre de réactions existe, allant de l'ignorance au rejet (en droit de la famille surtout), en passant par une adoption ou une réappropriation en fonction du type de classes sociales, de leur degré de proximité culturelle ou économique avec le pays dominant et du type d'activité locale ou internationale à laquelle elles se livrent ⁽¹⁷⁾.

Ce bref détour par l'époque coloniale ne nous mène pas si loin de notre sujet. L'idée même d'un code au niveau européen effraie généralement les juristes de *Common Law* qui y voient un coup de force et une volonté hégémonique des Etats continentaux vis-à-vis des pays de *Common Law*. Elle effraie aussi les juristes de droit continental mais pour d'autres motifs, ainsi qu'on l'a vu.

9. Seconde hypothèse : une nouvelle codification tente de s'implanter dans un Etat ou une communauté qui connaît déjà ce mode de formulation du droit. Ce qu'il faut alors gérer, c'est le rapport entre l'ancien et le nouveau. Relevons immédiatement que la nouvelle codification (ou la refonte) sera d'autant plus malaisée que le

⁽¹⁶⁾ Sur les migrations de systèmes juridiques, voy. surtout E. AGOSTINI, *op. cit.*, pp. 243 et s. Sur la question spécifique du code transplanté, R. CABRILLAC, *op. cit.*, pp. 290 et s.; E. SCHAEFFER, « De l'importation de codes à la fin du 19^e siècle et au début du 20^e siècle et de leur réception », *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, 1986, pp. 261 et s.

⁽¹⁷⁾ Ici encore, le parallèle entre le droit et la langue vient naturellement à l'esprit. La Jamaïque fournit un bel exemple de l'éventail des réactions possibles à une langue dominante, en l'occurrence l'anglais.

⁽¹⁴⁾ « Flexible code » écrit R. CABRILLAC (*op. cit.*, p. 118) paraphrasant CARBONNIER.

⁽¹⁵⁾ A ce sujet, Cl. WITZ, *op. cit.*, pp. 70 et s. se référant aux paragraphes 138 et 242 du B.G.B. En droit néerlandais, H.C.F. SCHOORDIJK, « Het gebruik van open normen naar Belgisch en Nederlands privaatrecht », in *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, 2002, pp. 325 et s.

code ancien est doté une forte valeur symbolique, l'incorporant à l'histoire collective et à la pratique juridique de ceux qui l'utilisent. Tel est le cas du Code civil qui fête son bicentenaire.

Les expériences qui nous ont été relatées, qu'il s'agisse du Code civil du Québec, du Code civil des Pays-Bas ou, sur un plan universel, du Code de droit canonique, présentent des caractères communs qui paraissent avoir contribué à émuousser les résistances.

1° Ces entreprises de codification ont toutes mis le temps de leur côté. Elles n'ont pas hésité à prendre le temps de l'élaboration, même si, à certains moments, une volonté politique parfois capricieuse a placé des coups d'accélérateur et bousculé les concepteurs pour cristalliser l'acquis et préciser le chemin restant parcourir. Qu'on en juge, le Code du Québec a pris près de 30 ans, le *Nieuw Burgelijk Wetboek* plus de 40 ans. L'Eglise, qui a pourtant l'éternité devant elle, a fait preuve d'une certaine hâte puisque le Code de droit canonique s'est fait en moins de 20 ans!

2° Le temps de l'élaboration, marqué par de grandes personnalités, n'a été ni un temps étal ni un temps de rupture spectaculaire. Il a été un temps long scandé par des débats en commissions, restrictions ou élargies, des consultations et des contrôles parlementaires. En finale, quand le code est proche de sa mise en vigueur, ce temps est un temps de préparation des acteurs du droit, praticiens, juges et professeurs à l'accueil du nouveau code (Sur ce point v. en particulier le rapport de M. Tancelin, I.3.). Cette phase d'acclimatation est essentielle.

Ceci vaut pour les codes laïcs, Code civil du Québec ou Code civil des Pays-Bas mais aussi pour l'élaboration du Code de droit canonique de 1983 dont la préface indique clairement (p. XIX et suiv.) le caractère progressif et collectif.

La recette n'est pas nouvelle. Le sommet paraît avoir été atteint par le *Nieuw Burgelijk Wetboek* qui, avant même d'être promulgué, imprégnait déjà l'interprétation que la jurisprudence hollandaise donnait du droit ancien par le mécanisme de l'*anticipatieve uitlegging* ⁽¹⁸⁾.

3° A l'époque contemporaine, les vrais codes, ceux qui rassemblent des règles et les ordonnent selon un esprit et des principes

⁽¹⁸⁾ W. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 1156; E. HONDIUS, « Le Code civil néerlandais. Les douze premières années », *J.T.*, 2004, p. 237.

directeurs propres, sont rares. Il y a une fierté légitime à faire aboutir le processus long de la codification dans des sociétés de plus en plus complexes soumises au temps de l'urgence, en proie à une inflation législative et jurisprudentielle galopantes. Fierté mais non arrogance. C'est la modestie qui caractérise généralement l'élaboration de ces codes et la façon dont ils se présentent aux acteurs du droit et, par-delà ceux-ci, à la société civile. Cette modestie s'exprime de plusieurs façons.

Aucun des codes analysés ne s'affiche comme un code de rupture ou un code révolutionnaire faisant table rase du passé. Le Code de droit canonique, même s'il veille à affirmer sa prévalence et sa nouveauté par rapport au droit et aux coutumes antérieurs (voir sur ce point le rapport de A. Sériaux), se présente comme un code de fidélité dans la nouveauté et de nouveauté dans la fidélité (p. XIV). Le Code civil du Québec a été présenté par M. Tancelin comme une refonte plutôt que comme une œuvre véritablement novatrice. Les avis à ce sujet sont partagés ⁽¹⁹⁾. Qu'on soit d'accord ou non avec cette terminologie, elle souligne le lien que les promoteurs du code entendent maintenir avec un passé réactualisé. On peut aller plus loin et se demander s'il n'y a pas une stratégie, consciente ou inconsciente, visant à minimiser l'altérité du code nouveau.

Le recours au droit comparé ensuite : tant le Code civil des Pays-Bas que le Code civil du Québec ont été précédés d'enquêtes nombreuses, parfois fort minutieuses, de droit comparé ⁽²⁰⁾. Malgré notre incompétence en droit canonique, nous soupçonnons qu'à sa manière, l'Eglise, dans l'élaboration d'un code universel, a dû recourir à la méthode comparative en faisant appel à des consultants venant de toutes les parties du monde chrétien et, plus encore, en tenant compte du pluralisme juridique auquel elle est forcément soumise par la coexistence du droit canon avec les ordres juridiques laïcs.

Le recours au droit comparé est ambivalent : d'une part, l'importation, même discrète et prudente, d'institutions ou de concepts de droit étranger peut se heurter à une certaine résistance du corps social. Comme le dit J.-L. Baudoin dont le propos est généralisable :

⁽¹⁹⁾ Comp. J.-F. NIORT, « Le nouveau Code civil du Québec et la théorie de la codification : une perspective française », in *Droits*, n° 24, P.U.F., 1996, pp. 136 et s.

⁽²⁰⁾ Voy., pour le Code civil des Pays-Bas, la préface de A.-S. HARTKAMP au *Burgelijk Wetboek 2002/2003*, Ars Aequi Libri, 2002, 11^e édit., p. 6. Pour le Code civil du Québec, R. CABRILLAC, « Le nouveau Code civil du Québec », *D.*, chron., 1993, p. 268.

« Si le droit étranger pénètre, par ses sources, dans le droit québécois, il doit se 'québéçiser', c'est-à-dire ne plus être étranger... » ⁽²¹⁾. D'autre part, le recours au droit étranger peut assurer le succès du nouveau code non seulement à l'intérieur mais aussi à l'extérieur des frontières. Tel est le cas du Code civil hollandais considéré comme une sorte de modèle par les Etats de l'Europe de l'Est ⁽²²⁾.

III. — CODIFICATION ET DÉCODIFICATION : RÉSISTANCES DES CODES

10. Un dernier point doit être souligné, brièvement puisqu'il en est question dans d'autres rapports, celui de la résistance des codes nationaux au droit communautaire, qu'il s'exprime par des directives et des règlements ou, plus frontalement, par des projets de nouveaux codes communautaires.

Cette résistance est mise à l'épreuve car une certaine décodification résulte de la transposition du droit communautaire. Cette décodification opère souvent de façon subreptice. Le code reste intact mais les textes qui devraient s'y intégrer sont soustraits à son empire. Ils demeurent à l'état de lois particulières. Celles-ci forment une nébuleuse et gravitent autour du code qu'elles viennent compléter ou modifier sur des points parfois fondamentaux. La loi belge du 14 juillet 1991 transposant, de façon anticipée, la directive européenne du 5 avril 1993 règle, en dehors du Code civil, la matière des clauses abusives alors que celle-ci est directement liée aux principes directeurs de l'autonomie de la volonté et de la convention-loi. La directive européenne et la loi belge ne s'appliquent qu'à l'élimination des clauses abusives dans les contrats conclus par des professionnels avec les consommateurs où le processus de négociation est pratiquement absent. Dans une économie de masse, caractérisée par une standardisation des biens et des services mis sur le marché, ces contrats dits de consommation sont nombreux. Le Code civil, qui énonce le droit commun, se trouve ainsi cantonné à régir les relations entre professionnels et les relations entre particuliers. On dira que le Code civil de 1804, d'inspiration libérale, peut difficilement

⁽²¹⁾ Cité par R. CABRILLAC, « Le nouveau Code civil... », *loc. cit.*, p. 268 note (18).

⁽²²⁾ W. DE BOND, « Het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek - Verleden, heden, toekomst », *R.W.*, 1994-1995, pp. 772 et s.; E. HONDIUS, *op. cit.*, pp. 238 et s.

accueillir le droit de la consommation dont la finalité est de protéger la partie faible. D'invention beaucoup plus récente, le droit de la consommation introduit des mécanismes correcteurs nouveaux (rétractation, repentir, etc.) parfois difficiles à concilier avec le droit commun des obligations. Touffu et complexe, il s'ordonne et affirme son autonomie politique et juridique par rapport au droit commun en se codifiant à son tour, comme le montre notamment le droit français ⁽²³⁾. Cette relative autonomie du droit de la consommation s'explique peut-être, pour une part, par une incapacité congénitale du Code civil à intégrer la protection du consommateur. Même un code civil récent, comme celui du Québec, qui comporte quelques articles généraux sur les contrats de consommation (cf. art. 1384, 1432, 1435, 1436), n'a pas pu absorber la protection des consommateurs qui demeure réglée par une loi particulière. Résistance du droit de la consommation au Code civil ⁽²⁴⁾?

11. L'instabilité de la norme européenne et sa prolixité, qui s'explique par les nécessités du compromis, ne favorisent pas l'entreprise de codification nationale soucieuse d'ordre, de concision et d'une certaine pérennité.

La responsabilité du fait des produits défectueux, qui s'attaque à un pilier de notre responsabilité civile, la faute, en fournit un bel exemple. Il est significatif que les pays européens aient transposé la directive, non en l'intégrant dans un code existant ⁽²⁵⁾ mais en adoptant une loi particulière ⁽²⁶⁾. Même la France, qui a pris le temps de la réflexion puisqu'elle a transposé la directive avec dix ans de retard, a opté pour une loi particulière datée du 19 mai 1998. Celle-ci trouve place dans le Code civil français aux articles 1386-1 à 1386-18 d'un titre IV^{bis} intitulé « De la responsabilité du fait des

⁽²³⁾ Selon CARBONNIER (*Les obligations*, P.U.F., t. 4, 22^e éd., 2000, p. 23) : « ... par la promulgation immédiate de son Code, bien ou mal ficelé, le droit de la consommation a réalisé politiquement un coup de maître ».

⁽²⁴⁾ La récente réforme du Code civil allemand, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002, intègre au Livre 2 plusieurs lois de protection des consommateurs et fournit un contre exemple. Cette réforme, qui a été activée par la nécessité de transposer la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de la consommation, a insufflé au BGB « une nouvelle jeunesse » selon l'expression du professeur WITZ, « Pourquoi la réforme et pourquoi s'y intéresser en France ? », *R.I.D.C.*, 2002/4, pp. 935 et s.

⁽²⁵⁾ Le choix existait pourtant. Il est d'ailleurs évoqué par KRÖGER dans « Problèmes d'application de la directive européenne dans les différents Etats membres », *Annales de Droit de Liège*, 1987, p. 300.

⁽²⁶⁾ Voy. le premier rapport de la Commission des Communautés européennes concernant l'application de la directive du conseil sur la responsabilité du fait des produits défectueux (COM (95) 617 final).

produits défectueux ». Il s'agit toutefois d'une intégration plus formelle que réelle.

Le législateur national doit-il être critiqué pour avoir ainsi entériné la décodification sur un problème aussi essentiel que la responsabilité du fait des produits ? A notre avis non. Il subit, comme tout le monde, l'accélération du temps juridique. Et surtout – là est sans doute l'essentiel – la directive européenne, dont l'objectif avoué est la suppression des disparités susceptibles de fausser la concurrence, vise aussi à protéger les consommateurs victimes des dommages causés par un produit défectueux. Afin de mettre en œuvre ce second objectif prioritaire, la directive en son article 13, maintient, en faveur des victimes, les actions en responsabilité prévues par le droit commun national.

Le droit européen ne se substitue donc pas intégralement au droit matériel de chaque Etat, il s'y ajoute. Le droit national se maintient avec ses développements essentiels tandis que le droit européen continue, sous l'impulsion de la Commission et de la Cour de justice, à évoluer dans le sens d'une harmonisation plus complète⁽²⁷⁾. Cette dualité rend difficile un travail d'intégration véritable et donc de codification.

12. Les « grands » codes (et les petits) résistent difficilement à l'avalanche de normes, en particulier des normes européennes. La codification nationale peine à intégrer les normes européennes et internationales⁽²⁸⁾. Faire œuvre codificatrice ou recodificatrice au niveau national commence à relever de la gageure.

Continuons à partir de l'exemple que nous fournit la directive du fait des produits défectueux. La France, qui a mis tant de retard à la transposer, s'est vue condamner à plusieurs reprises par la Cour de justice pour transposition incorrecte, ce qui l'obligera à des modifications de son droit interne. On a certes pris l'habitude des lois qui changent. Mais peut-on envisager qu'un code fasse l'objet

⁽²⁷⁾ Pour une analyse plus complète de cette question, X. THUNIS et F. VAN DER MENS-BRUGHE, « Codification et décodification : le droit comparé à contribution », *Annales de Droit (Louvain)*, 2001, n° 1, pp. 71 et s.

⁽²⁸⁾ Sur ce point R. CABRILLAC, *op. cit.*, pp. 263 et s.

de modifications répétées sans perdre de son pouvoir symbolique⁽²⁹⁾ ?

Si elle ne se répète pas, l'histoire continue, avec la directive communautaire du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. La longueur et l'inélégance de son titre laissent présager les difficultés que pose sa transposition. Dans le code ? Dans quel code, code civil ou code de la consommation, s'il en existe un ? Hors du code⁽³⁰⁾ ?

Transposition oblige, le droit des Etats membres s'adapte, tant bien que mal. Le législateur national se contente souvent d'opérations cosmétiques qui aboutissent à greffer le texte des directives au droit interne soit dans une loi spécifique, soit en créant une subdivision nouvelle au sein d'un code existant, code civil ou code de la consommation⁽³¹⁾. Malgré tout, un certain bilinguisme se fait jour : la langue juridique nationale incorpore bon gré, mal gré, un peu de jargon européen. De là à changer de langue ! Une chose est de transposer une directive et d'éroder quelque peu « son » Code civil, une autre est de le remplacer purement et simplement par un code communautaire sans histoire autre que technocratique et sans attraction symbolique. La langue maternelle a une saveur que ne saurait lui contester l'*esperanto*, aussi efficace et aussi économique soit-il.

⁽²⁹⁾ Comme l'écrit CARBONNIER (*op. cit.* p. 24), « le système » consumériste « opérant en cheville claire obscure avec le droit communautaire vient à nous porteur des reflets d'une semi-extranéité (est-on assuré, du reste, que la Cour de justice de Luxembourg n'exercera pas un droit de suite et de poursuite sur les articles de ses directives reconnaissables à travers le Code de la consommation ?) ».

⁽³⁰⁾ L'Allemagne a opté pour une révision véritable d'une partie du Code civil. Pour plus de détails, voy. « Le nouveau droit allemand des obligations », *R.I.D.C.*, 2002/4, pp. 935 et s. Le débat agite la doctrine française. Voy. les opinions exprimées par P. JOURDAIN et D. MAZEAUD dans *Dalloz*, 2003, point de vue, pp. 4 et s.; A.-M. DE MATOS, « Transposition en droit français de la directive du 25 mai 1999 : un large débat et une amorce de réponse », *R.E.D.C.*, 2003/1, pp. 18 et s.

⁽³¹⁾ La législation belge, par une loi du 1^{er} septembre 2004 transportant la directive du 25 mai 1999, a modifié le Code civil en y insérant une section IV nouvelle (articles 1649bis à 1649octies). Il s'agit plus d'une greffe que d'une intégration véritable.